



EXIGENCIA DO ICMS ATRAVÉS DO DIFAL É INDEVIDA

Vimos esclarecer mais uma vez que o contribuinte encontra-se obrigado a pagar um imposto de forma indevida, qual seja, o ICMS sobre diferencial de alíquotas (DIFAL), cuja cobrança estava sendo imposta sem a edição de lei complementar que a regulasse. Assim, o Supremo Tribunal Federal, instado a decidir sobre o tema na ADI 5.469 e RE 1.287.019 (Tema 1.093 – Repercussão geral), pacificou a questão no sentido de que a cobrança do DIFAL só poderia ocorrer, a partir de 1/1/2022, se editada Lei Complementar para regular a matéria, visto que os Convênios, até então em vigência, não dispõem de legitimidade para exigir o diferencial de alíquotas entre os Estados produtores e os Estados destinatários, ressalvado os casos em que o consumidor final não seja contribuinte do ICMS.

A partir da decisão do STF, o Congresso Nacional editou a Lei Complementar 190/2022 publicada dia 5/1/2022, da qual se editou o Convênio ICMS nº 236/21 em 06/01/22, objetivando estabelecer os procedimentos quanto à aplicação do DIFAL já para o exercício de 2021.

Como a publicação da referida LC 190 no D. Oficial se deu tão somente em 5 de janeiro, a previsão de cobrança imediata do DIFAL, conforme consta no Convênio ICMS n.º 236/21, viola notadamente os princípios da anterioridade e/ou nonagesimalidade, uma vez que surpreende o contribuinte de supino, em clara afronta ao que impõe o artigo 150, inciso III, alíneas “b” e “c” da Constituição Federal.

A despeito desse relevante fundamento, também se poderá arguir quanto ao mérito, que é imprescindível a edição, pelos Estados, de lei própria, que indique os elementos para exigência do diferencial, posto não haver atualmente regra com tal

previsão, nem mesmo o antigo Convênio ICMS 93/2015, no qual se baseavam as cobranças, isenta os estados do dever de editarem ato normativo ordinário, que é a lei, não prestando para suporte jurídico a continuidade da cobrança através de mero Convênio (regulamentos autônomos) na forma do que dispõem os artigos 150, inciso I da CF e 97, inciso I e III, parte final, do CTN.

A nossa equipe de ADVOGADOS, com expertise, coloca-se à inteira disposição de seus clientes para maiores esclarecimentos sobre o tema.

Este informativo foi redigido meramente para fins de informação e debate, não devendo ser considerado opinião legal para qualquer operação ou negócio específico. Direitos autorais reservados a Micheloni Adv.

Advogados responsáveis pela redação e revisão:

Ricardo Micheloni da Silva
Fabia Luzório
Patrícia Van der Put
Marcus Vinicius Gontijo
Beatriz Martinho
Nadine Van der Put
Gabrielle Ramos

Av. Churchill, 129 – Grupo 1003
Centro – Rio de Janeiro
(21) 2533-2613

secretaria@micheloni.com.br